



Schriftenreihe des forum vergabe e.V.

# Dreizehnte Badenweiler Gespräche

Dokumentation der Veranstaltung  
vom 13. bis 15. Mai 2009

Band 28



**Bundesanzeiger**  
Verlag

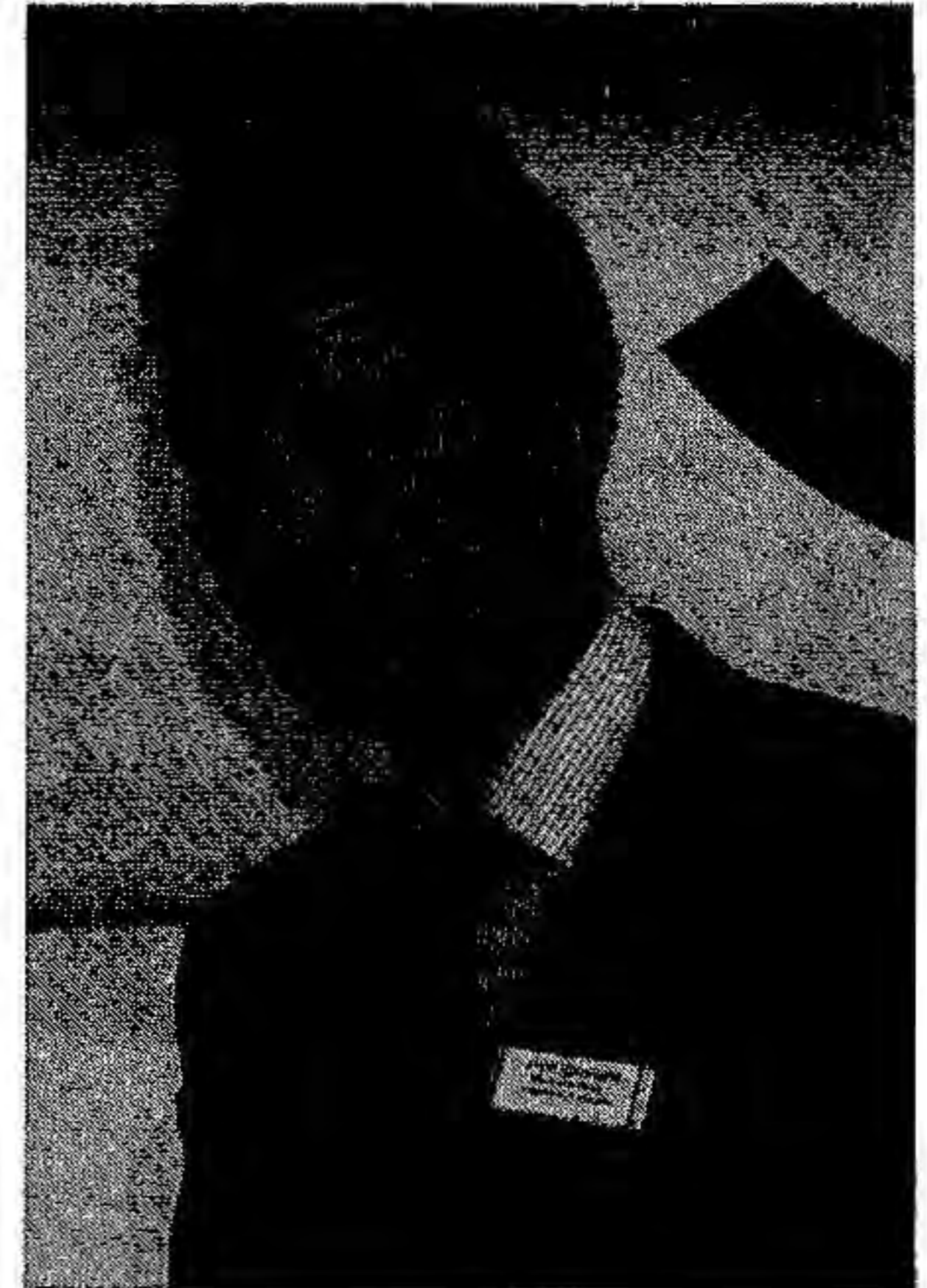
*forum vergabe*

---

## Die Rechtsschutzfrage in Frankreich

**Prof. Dr. David Capitant**

Universität Paris 1 Panthéon-Sorbonne



In Frankreich wie auch in Deutschland hat die Rechtsschutzfrage bei der Reform des Vergaberechts unter gemeinschaftsrechtlichem Einfluss eine große Rolle gespielt.

Das Vergaberecht verfolgt zweierlei Ziele: zum einen die öffentlichen Gelder zu schützen, indem sie effizient ausgegeben werden und zum anderen den Unternehmen einen gleichberechtigten Zugang zu öffentlichen Aufträgen zu gewährleisten.

Traditionell spielt eher das erste Ziel die bedeutendere Rolle, in Frankreich wie auch in Deutschland. So war in Deutschland die Vergaberegulation im Haushaltsrecht enthalten, sei es in dem Haushaltsgrundsätzegesetz oder in den Haushaltsordnungen der Länder und der Kommunen. In Frankreich betraf der code des marchés publics – die französische Vergabeverordnung – nur die juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Vom Gesichtspunkt des Gemeinschaftsrechts her, das während der 70er Jahre und erneut in den 90er Jahren, nach der Wiederbelebung der Errichtung des gemeinsamen Marktes, sich damit zu beschäftigen begann, ist es eher das Ziel des Vergaberechts, den Unternehmen der Mitgliedstaaten einen gleichberechtigten Zugang zu gewährleisten, unter Ausschluss jeglicher Diskriminierung wegen der Nationalität.

Unter dem Blickwinkel des Rechtsschutzes kam dieses Ziel dadurch zum Ausdruck, dass die Rechtsmittelrichtlinie 1989 (RL 89/665) den Mitgliedstaaten die Eröffnung eines Rechtsschutzes für erfolglose Bieter vorschrieb. Ab diesem Zeitpunkt kam es zu sehr unterschiedlichen Lösungen in Frankreich und in Deutschland.

### **Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinie 1989**

In Deutschland stand übergangenen Bietern vor dem Inkrafttreten der Rechtsmittelrichtlinie 1989 kein primärer Rechtsschutz offen, so dass bei der Umsetzung der Richtlinie entschieden wurde, die Umsetzung „a minima“ eins zu eins durchzuführen, und den neuen Rechtsweg nur oberhalb der EG-Schwellenwerte zuzulassen. Dies gilt sowohl für den ersten Versuch der haushaltsrechtlichen Lösung als auch für die wettbewerbsrechtliche Lösung, die 1999 in Kraft getreten ist (Vergaberechtsänderungsgesetz – VgRÄG vom 29. Mai 1998).

In Frankreich sah die Ausgangslage ganz anders aus. Seit dem Anfang des XX. Jahrhunderts hatte man die sogenannte Zweistufentheorie entwickelt, die zwischen dem Abschluss eines Vertrages einerseits und dem Beschluss der Verwaltung, den Vertrag abzuschließen andererseits, unterscheidet. Zwar können nur die Vertragsparteien die Nichtigkeitserklärung des Vertrags wegen Verstoß gegen das Vergabeverfahren beantragen und nicht die erfolglosen Bieter. Dafür aber haben diese erfolglosen Bieter die Möglichkeit, die Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens gerichtlich zu rügen, indem sie die Aufhebung der Entscheidung zum Abschluss des Vertrags beantragen.

Übrigens steht diese Klagemöglichkeit nicht nur erfolglosen Bieter offen, sondern auch anderen Interessierten wie zum Beispiel Mitgliedern eines Gemeinderates sowie lokalen Steuerzahlern, oder, im Falle einer Dienstleistungskonzession, den Nutzern der übertragenen Dienstleistung.

Vor diesem Hintergrund eines einfachen und breit geöffneten Zugangs zum Rechtsweg für zahlreiche Interessierte schien die Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinie 1989 in Frankreich keinen so großen Wandel wie in Deutschland zu bedeuten.

1992 (mit Gesetz Nr. 92-10 vom 4. Januar 1992) wurde in die französische VwGO (code de justice administrative) ein neuer Rechtsweg eingefügt, der den Einzelrichter ermächtigt, auf Antrag eines Unternehmens, das ein Interesse an der Auftragserteilung nachweisen kann, das Vergabeverfahren zu unterbrechen und dem Auftraggeber vorzuschreiben, das Verfahren nachzubessern. Der dafür zuständige Einzelrichter kann nur vor dem Abschluss des Vertrags eingreifen, so dass dieser neue Rechtsweg als „vorvertragliches Eilverfahren“ bezeichnet wird (référé précontractuel).

Bemerkenswert ist m. E. aus deutscher Sicht, dass dieses Verfahren alle Aufträge betrifft, seien sie oberhalb wie auch unterhalb der Schwellenwerte und dass nicht nur die öffentlichen Aufträge im engen Sinne betroffen sind, sondern auch die Dienstleistungskonzessionen. Das ist damit zu erklären, dass das neue Verfahren als eine bloße, die vorvertragliche Periode betreffende Erweiterung des schon bestehenden Rechtsschutzes aller Interessierten gegen rechtswidrig abgeschlossene

öffentliche Verträge erscheint, auszuüben durch die Anfechtung der sogenannten „trennbaren Entscheidung“ des Auftraggebers für den Abschluss der Vertrags.

War die Möglichkeit eines Rechtsschutzes gegen öffentliche Aufträge keine Neuigkeit, stellten hingegen die neuen Befugnisse der Verwaltungsgerichte eine außergewöhnliche neue Situation dar. Bislang hatte die Verwaltungsgerichtsbarkeit keine so effizienten Befugnisse. Es gab nur wenige Eilverfahren und keine Befugnis, die Verwaltung zu einem positiven Handeln zu verpflichten. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit hatte hauptsächlich eine Aufhebungskompetenz. Bemerkenswert ist, dass – nachdem 1992 das vorvertragliche Eilverfahren unter europäischem Einfluss eingeführt worden ist – 2000 das verwaltungsrechtliche Eilverfahren nach diesem Modell novelliert wurde (Gesetz Nr. 2000-597 vom 30.6.2000), so dass die Verwaltungsgerichte seitdem breite Befugnisse haben, um durch Eilverfahren (einstweilige Anordnungen) die Verwaltung zu einem positiven Handeln zu verpflichten. Das ist aber nur eine mittelbare Folge des europäischen Vergaberechts.

Dieser große Unterschied zwischen Deutschland und Frankreich hinsichtlich des Anwendungsbereichs des vorvertraglichen Verfahrens hat dazu geführt, dass auch die Entwicklungsrichtungen der jeweiligen Regelungen sehr unterschiedlich sind.

In Deutschland haben Literatur und Rechtsprechung der Ausweitung des Primärrechtsschutzes auch auf Aufträge unterhalb von EG-Schwellen ein großes Interesse beigemessen. Sogar die höchsten Gerichte Deutschlands haben dazu Stellung genommen. Im Unterschied zum österreichischen Verfassungsgerichtshof hat das Bundesverfassungsgericht am 13.06.2006 entschieden (1 BvR 2248/03), dass keine Beeinträchtigung des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgebots darin liegt, Unternehmen bei Vergabeverfahren oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte nicht die gleichen Rechtsmittel zu Verfügung zu stellen, so dass die im GWB vorgesehenen Rechtswege auch von Verfassung wegen nicht zwingend auf unterschwellige Auftragsverfahren anzuwenden seien.

Der zweite Versuch zur Einräumung eines Rechtsschutzes für erfolglose Bieter unterhalb der Schwellenwerte, und zwar – ähnlich dem französischen Modell – die Anerkennung der Möglichkeit eines Antrags vor dem Verwaltungsgericht gegen die Entscheidung, den Zuschlags zu erteilen, wurde vom BVerwG zurückgewiesen (02.05.2007, 6 B 10/07).

Erst in den letzten Monaten hat sich eine neue Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte gefestigt, die den unterlegenen Bietern einen Rechtsweg durch einstweilige Verfügung gewährleistet, dessen Reichweite allerdings noch endgültig festzulegen bleibt (OLG Brandenburg, 17.12.2007 – 13 W 79/07; OLG Jena 08.12.2008 – 9 U 431/08).

Somit haben sich das französische und das deutsche vorvertragliche Rechtsschutzmodell etwas angenähert, da der in Frankreich seit 1992 bestehende Rechtsschutz auch durch einstweilige Verfügung sichergestellt wird. Eine solche Entwicklung des deutschen Rechts war ohnehin unabdingbar im Hinblick auf die Stellungnahme der europäischen Einrichtungen zugunsten der Anwendung der Grundsätze des Vergaberechts auf Unterschwellen-Aufträge, wie sie in der Mitteilung der Kommission von 2006 zum Ausdruck kommt (24.07.2006 - 2006/C 179/02).

In Frankreich haben sich die Diskussion und die Rechtsprechung eher auf die Modalitäten der Nachprüfung und deren Anwendungsbereich konzentriert.

Um mich auf zwei wichtige Themen zu beschränken, seien zwei Beispiele genannt. Zuerst, die Frage der zeitlichen Fristen zur Anrufung des Gerichts; dann die Frage der Rechtsmittel, die vor dem Gericht geltend gemacht werden können.

Zum ersten Punkt hat der Verwaltungsrat (Conseil d'Etat), die höchste verwaltungsrechtliche Instanz in Frankreich, zuerst die anwendbare Bestimmung der französischen VwGO so ausgelegt, dass das zuständige Verwaltungsgericht im Rahmen des vorvertraglichen Rechtswegs nur entscheiden durfte, wenn der Vertrag noch nicht unterschrieben worden war. Sollte der Vertrag zwar nach Einreichung des Antrags beim Gericht, aber vor dessen Entscheidung abgeschlossen worden sein, dann entfiel die Entscheidungsbefugnis des angerufenen Verwaltungsgerichts.

Eine solche Auslegung hat selbstverständlich zu einem gewissen „Unterschriftenrennen“ (course à la signature) geführt. Dieser juristische Sport war in bestimmten Fällen dadurch erleichtert, dass die 10-Tage-Frist, die seit 2004 laut Artikel 80 der französischen Vergabeverordnung zwischen der Erteilung des Zuschlags und dem Abschluss des Vertrags zu berücksichtigen ist, in bestimmten Fällen verkürzt werden konnte (z. B. wenn die Vergabe eilig war). Darüber hinaus hatte der Antrag auch keinen automatischen Suspensiveffekt, sondern hing von einer Entscheidung des Gerichts ab. Beide Punkte wurden zwischenzeitlich korrigiert. Die Unterschreibungsfrist ist seit 2006 auf 10 Tage zwingend festgelegt und die Einreichung eines Antrags hat nunmehr einen automatischen Suspensiveffekt.

Der zweite Punkt betrifft die Frage, ob alle Verstöße gegen das Vergaberecht von jedem Unternehmen vor dem Gericht geltend gemacht werden können, um die Rechtswidrigkeit eines Vergabeverfahrens feststellen zu lassen. Zwar sieht die französische Vergabeverordnung vor, dass nur Normen, die die Ausschreibung und den Wettbewerb zwischen den Bietern betreffen, geltend gemacht werden können. Das schließt solche Bestimmungen aus, die z. B. die Verteilung der Kompetenzen zur Erteilung des Zuschlags innerhalb einer Gemeinde organisieren (zwischen Bürgermeister und Gemeinderat, usw.). Es bleibt allerdings die Frage offen, ob der Antragsteller auch darlegen muss, dass der von ihm gerügte Verstoß ihm einen Schaden verursacht hat.

Zunächst hat der französische Staatsrat (Conseil d'Etat) entschieden, dass eine objektive Auslegung der Bestimmung zu bevorzugen sei, so dass es rasch zu einer Instrumentalisierung des Nachprüfungsverfahrens kam. Durch ein Urteil vom 03.10.2008 (Conseil d'Etat, SMIRGEOMES, Nr. 305420) hat der Conseil d'Etat entschieden, der Antragsteller solle nunmehr darlegen, dass durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschrift, auf die er sich beruft, ihm ein Schaden entstanden sei oder ihm hätte entstehen können. Das kann man mit der etwas engeren Vorschrift des § 107 GWB vergleichen: „durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ist ein Schaden entstanden oder droht zu entstehen“. Dann stellt sich aber die Frage, diejenigen Verstöße einzugrenzen, die einen Schaden verursachen können. Das ist sicher nicht der Fall, wenn Datum und Uhrzeit der Öffnung der Angebote falsch mitgeteilt wurden, da kein Schutz der Bieter damit beabsichtigt ist, insofern als die Öffnung nicht öffentlich ist. Genauso war es in dem Fall SMIRGEOMES, wobei es sich um eine Müllabfuhrkonzession ging, bei deren Ausschreibung irrtümlich erwähnt wurde, dass sie in den Anwendungsbereich des WTO-Abkommens über öffentliche Aufträge fiel. Da aber der Antragsteller ein europäisches Unternehmen war, spielte diese Erwähnung gar keine Rolle, so dass der Antrag zurückgewiesen wurde.

Im Gegenteil, Verstöße, die den Vertrag selbst betreffen, wie z. B. die Dauer eines Auftrages, sind selbstverständlich imstande allen Bietern einen Schaden zu verursachen. Komplizierter ist die Antwort für Verstöße, die z. B. die Ausschreibung oder die Fristen betreffen, nicht aber dazu geführt haben, dass der Antragsteller kein Angebot formuliert hat. In einem solchen Fall wird der Antragsteller beweisen müssen, dass er wegen der Beeinträchtigung der Vergabevorschrift nicht die Möglichkeit gehabt hat, das beste Angebot abzugeben, oder dass ihm dadurch weitere Kosten entstanden sind.

So sieht man, wie beide Rechtsordnungen in Frankreich und in Deutschland ein Gleichgewicht suchen, indem die deutsche Rechtsordnung dazu gezwungen ist, die Rechtsschutzmöglichkeiten zu erweitern, während in Frankreich die Rechtsprechung eher dazu geneigt ist, die schon bestehenden Rechtswege etwas einzuschränken.

### **Rechtsschutz gegen den Vertrag selbst**

Die letzte Frage, auf die ich eingehen möchte, ist folgende: Wie kann man gegen den Vertrag selbst vorgehen und zwar nach der vorvertraglichen Phase? Durch die Umsetzung der neuen Fassung der Rechtsmittelrichtlinie wurde diese Frage in den Vordergrund gestellt.

In Deutschland hat das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 23. April 2009 im GWB mit dem neuen § 101b eine solche Möglichkeit eröffnet. Dies gilt aber nur oberhalb der Schwellenwerte und die Frage bleibt noch offen, wie es unterhalb der Schwellenwerte anzuwenden ist.

In Frankreich konnte man schon anhand der Zweistufentheorie auch nach dem Vertragsschluss einen Vertrag angreifen, indem man gegen die Entscheidung, den Vertrag abzuschließen, vorging. Die Nachteile einer solchen Handlungsweise sind bekannt. Nicht nur ist es künstlich, zwischen Vertrag und Entscheidung zu unterscheiden, sondern es sind auch aus praktischer Sicht die Folgen der Aufhebung der trennbaren Entscheidung nicht immer sehr klar. Die französische Rechtsprechung hat sich so entwickelt, dass diese Folgen von der mehr oder weniger engen Beziehung zwischen der Entscheidung und dem Vertrag selbst abhängen. Was den gerichtlichen Weg angeht, ist es auch nicht sehr einfach, da nur die Vertragsparteien die Nichtigkeitserklärung des Vertrags beantragen können. Hatte ein unterlegener Bieter oder ein anderer Interessierter die Aufhebung der trennbaren Entscheidung erlangt, sollte er außerdem die Verwaltung dazu zwingen, selbst mit ihrem Vertragspartner die Auflösung des Vertrags zu verhandeln, oder das Gericht zu diesem Zweck anrufen. So war der traditionelle Rechtsweg etwas kompliziert und langwierig, und auch deshalb nicht sehr effizient.

Unter dem Druck des EG-Rechts wurde dieses Verfahren modernisiert, um den Anforderungen der neuen Richtlinie zu entsprechen. Dieses Aktualisierungsverfahren lief in zwei Etappen.

Zunächst griff die Rechtsprechung ein, und zwar mit der Anpassung ihrer bisherigen Rechtsprechung in einem Urteil vom 16.07.2007 (CE Ass., Société Tropic Travaux Signalisation, Nr. 291545). In diesem Urteil ermöglichte der Conseil d'Etat den unterlegenen (oder potentiellen) Bietern, sich gerichtlich unmittelbar gegen den Vertrag zu wenden, und zwar innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach Veröffentlichung der Zuschlagsentscheidung. Diese Entscheidung stellt einen großen Fortschritt der Rechtsprechung dar, indem der Conseil d'Etat von Amts wegen einen neuen Rechtsweg eröffnete, der sich nicht mehr ganz in das traditionelle Gefüge der Rechtswege einfügt.

Die zweite Etappe der Modernisierung des Rechtsschutzes gegen die Auftragserteilung wurde durch die Novellierung (Ordonnance Nr. 2009-515 vom 07.05.2009) bestimmter Artikel der französischen VwGO (code de justice administrative) in Umsetzung der neuen Fassung der Rechtsmittelrichtlinie eingeleitet. Dadurch wird ein neuer Rechtsweg geschaffen, der in einer engen Kontinuität mit dem vorvertraglichen Verfahren steht, zum einen weil der gleiche Einzelrichter zuständig ist und zum zweiten weil dessen Befugnisse meist ähnlich sind. Er kann in der von der Rechtsmittelrichtlinie vorgeschriebenen Frist von 30 Tagen angerufen werden und ist für Ober- sowie Unterschwellen-Aufträge zuständig, sowie für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen (Art. L. 551-1 ss. code de justice administrative).

Bei dieser neuesten Erweiterung der Rechtsschutzmöglichkeiten merkt man noch die parallele Entwicklung der beiden Rechtsordnungen in Frankreich und in Deutschland

unter dem Druck des EG-Rechts. Noch zurückhaltend bleibt die deutsche Rechtsordnung angesichts einer Verallgemeinerung des Rechtsschutzes auf alle Verträge oberhalb wie unterhalb der Schwellenwerte, wobei die französische Rechtsordnung in Anbetracht einer Tradition der breiteren Öffnung des Zugangs zum Gericht, die europäischen Mechanismen auf alle Aufträge anwendet, darin eingeschlossen die Dienstleistungskonzessionen.

Was die Statistik betrifft, wurden 2008 in Frankreich vor den Verwaltungsgerichten erster Instanz 5.750 Anträge eingereicht, die nicht nur die Vergabe der Aufträge mit betreffen, sondern auch deren Durchführung, d. h. 3% der gesamten Anträge des Jahres. Zum Vergleich betrafen 25% der Eingänge das Ausländerrecht, 12% das Polizeirecht, 12% ebenfalls das Steuerrecht, 11% das Beamtenrecht und 7% das Städtebaurecht. So scheint die Angst vor einer Flut von Anträgen im Falle einer weiteren Öffnung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, die in Deutschland oft zum Ausdruck kommt, nicht berechtigt zu sein, was eigentlich auch das österreichische Beispiel beweist.